



**Centro Universitário de Brasília**

**Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

**RODRIGO RODRIGUES SENRA SACRAMENTO**

**O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE COMO EVOLUÇÃO DOS  
MECANISMOS DE LEGITIMAÇÃO DO PODER NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Brasília  
2010

**RODRIGO RODRIGUES SENRA SACRAMENTO**

**O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE COMO EVOLUÇÃO DOS  
MECANISMOS DE LEGITIMAÇÃO DO PODER NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília  
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito  
para obtenção de Certificado de  
Conclusão de Curso de Pós-  
graduação *Lato Sensu* em Direito  
Administrativo

Orientador: Gilson Ciarallo

Brasília

2010

**RODRIGO RODRIGUES SENRA SACRAMENTO**

**O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE COMO EVOLUÇÃO DOS  
MECANISMOS DE LEGITIMAÇÃO DO PODER NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília  
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito  
para a obtenção de Certificado de  
Conclusão de Curso de Pós-  
graduação *Lato Sensu* em Direito  
Administrativo

Orientador: Prof. Gilson Ciarallo

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2010.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Nome completo

---

Prof. Dr. Nome completo

## RESUMO

Os métodos de legitimação nas relações de poder evoluem conforme o sistema social em que se dão essas relações. No caso das democracias ocidentais, o método preferido é o do constitucionalismo democrático, que fornece as bases conceituais para o discurso de legitimação dos grupos dominantes. Com esse ferramentário em mãos, os donos do poder constroem, no ordenamento jurídico, todo um sistema de possibilidades e ressalvas que lhes permite subverter as decisões que contrariem seus interesses. Tendo isso em vista, o presente trabalho procura entender como a construção do princípio da juridicidade teve e está tendo seu discurso de legitimação desenvolvido a partir dos preceitos constitucionais dentro do processo de judicialização que o país atravessa. Para isso, começamos discorrendo acerca da evolução das formas de legitimação do poder e como chegamos ao Estado Democrático de Direito por meio do discurso da legalidade. Posteriormente trataremos da evolução da judicialização e do ativismo judicial no Brasil. A partir daí, analisaremos a diminuição gradativa das limitações do judiciário para analisar questões afetas exclusivamente ao administrador público, o que levou à formulação do princípio da juridicidade. Por último fazemos considerações acerca do discurso de legitimação da judicialização no Brasil. Terminamos por concluir que a judicialização no Brasil visa facilitar a influência dos detentores do poder nas decisões mais graves do país, haja vista a evolução de entendimentos como o princípio da juridicidade, que abre um amplo leque de possibilidades de atuação do judiciário na administração pública.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito Administrativo. Legitimação. Judicialização. Princípio da Juridicidade.

## ABSTRACT

The legitimation methods about relations of domination evolve as the social system in which these relationships occur. In the case of Western democracies, the preferred method is the democratic constitutionalism, which provides the conceptual basis for the discourse of legitimation of the dominant groups. With this stockpile, the powerful individuals constructs, in the legal system, a whole system of possibilities and exceptions that allows them to subvert the decisions contrary to their interests. With that in mind, this study seeks to understand how the construction of the principle of legality has its legitimating discourse developed from the constitutional process of judicialization that this country is experiencing. For this purpose, the work is divided into four chapters. In the beginning, we argue about the evolution of forms of legitimization of power and how we got to the democratic rule of law through the discourse of legality. And then we discuss about the evolution of judicialization and judicial activism in Brazil. After this we analyze the gradual decrease of the limitations of the judiciary to decide issues that before were affected only to the public administrator, which led to the formulation of the principle of legality. Finally, we discuss about the discourse of legitimization of judicialization in Brazil. We ended up concluding that the judicial review in Brazil aims to ease the influence of the power individuals over the most serious decisions in the country.

**Key words:** Constitutional Law. Administrative Law. Legitimation. Judicialization. Principle of Legality.

## Sumário

|  |    |
|--|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b>  | 6  |
| <b>1 EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE LEGITIMAÇÃO DO PODER</b>             | 9  |
| 1.1 Estado Democrático de Direito                                | 10 |
| 1.2 Discurso da legitimação do Estado Democrático de Direito     | 13 |
| 1.3 Limitações e soluções dos métodos de dominação               | 14 |
| <b>2 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL</b>                      | 16 |
| 2.1 Situação no Brasil com a Constituição de 1988                | 18 |
| 2.1.1 Controle político ou jurídico?                             | 19 |
| 2.1.2 Controle jurisdicional difuso ou concentrado?              | 20 |
| 2.1.3 Predominância do STF no controle de constitucionalidade    | 21 |
| 2.2 Judicialização   | 23 |
| 2.3 Desenvolvimento do ativismo judicial                         | 24 |
| 2.3.1 Mandado de Injunção  | 24 |
| 2.4 Outras considerações acerca da “superinstituição” judiciário | 27 |
| 2.5 Relativo consenso acerca do ativismo judicial                | 29 |
| 2.6 Choque de realidade  | 32 |
| <b>3 EVOLUÇÃO DA ANÁLISE DO PODER DISCRICIONÁRIO</b>             | 33 |
| 3.1 Solução para a questão dos atos políticos                    | 33 |
| 3.2 Controle sobre atos discricionários                          | 34 |
| 3.3 Princípio da juridicidade                                    | 35 |
| 3.3.1 Bases legais para o princípio da juridicidade              | 36 |
| <b>4 DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA</b>   | 39 |
| <b>CONCLUSÃO</b>   | 44 |
| <b>REFERÊNCIAS</b>   | 47 |

## INTRODUÇÃO

As relações sociais humanas são, quando analisadas sob o viés foucaultiano, baseadas nas relações de poder e em seus discursos de legitimação. Essas relações definem interações entre os grupos dominados e os detentores de poder<sup>1</sup>, onde estes impõem uma estrutura social - que nas sociedades civilizadas modernas é denominada de Estado - que define normas de conduta de seus partícipes e a autoridade para dissolver seus conflitos.

Essa estrutura e suas relações foram demonstradas por Max Weber (2005), que discorreu acerca das formas de legitimação dessas relações de dominação, pois “Para que um Estado exista [...] é necessário que um conjunto de pessoas (toda a sua população) obedeça à autoridade alegada pelos detentores do poder no referido Estado. Por outro lado, para que os dominados obedeçam é necessário que os detentores do poder possuam uma autoridade reconhecida como legítima.” (TRANGTENBERG et al., 1997, p. 14).

---

<sup>1</sup> Vale explicar que o que entendemos por “grupos detentores do poder” não se trata de uma cúpula de pessoas com influência reunida para definir, intencionalmente, os rumos das decisões em todos os níveis institucionais. Na verdade entendemos que se trata de uma sucessão de fatos e decisões desconexas que constroem o discurso do poder, semelhante à forma que Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 45) tratam do estilo centralizador em desenvolvimento desde a redemocratização brasileira:

Decerto que esse movimento não deriva de um plano, bem mais fruto de processos não intencionais que se têm verificado ao longo da afirmação da vida democrática no país e de inovações institucionais de caráter pontual.

Esse entendimento se coaduna com o de Foucault (1979, p. 121), conforme se depreende do seguinte trecho de sua obra:

O poder não é substancialmente identificado com um indivíduo que o possuiria ou que o exerceria devido a seu nascimento; ele torna-se uma maquinaria de que ninguém é titular. Logicamente, nesta máquina ninguém ocupa o mesmo lugar; alguns lugares são preponderantes e permitem produzir efeitos de supremacia. De modo que eles podem assegurar uma dominação de classe, na medida em que dissociam o poder do domínio individual.

Em síntese:

O poder não existe. [...] Na realidade, o poder é um feixe de relações mais ou menos organizado, mais ou menos piramidalizado, mais ou menos coordenado. (FOUCAULT, 1979, p. 141).

O presente estudo se filia à busca pela compreensão acerca de como se dá o processo de legitimação das relações de poder nas sociedades ditas democráticas. Em especial, analisaremos o discurso da supremacia da constituição como forma de centralizar as decisões mais graves do país em um número pequeno de pessoas, de forma a se facilitar a atuação dos detentores do poder de fato sem perturbar a ilusão da sujeição de todos aos mesmos ditames.

Com isso, o objetivo do trabalho é proporcionar uma nova visão sobre a evolução jurisprudencial e doutrinária do direito brasileiro, de forma que fique explícita a tentativa de se legitimar a judicialização da política no país por meio do discurso da supremacia e da máxima efetividade da Constituição Federal de 1988.

Para alcançar esses objetivos, procuramos analisar a evolução do entendimento sobre os limites da atuação do judiciário no Brasil por meio da jurisprudência, doutrina e das próprias normas elaboradas no período posterior à Constituição. A partir dessa análise pretendemos demonstrar como os mecanismos analisados levaram a uma maior concentração de poderes nas mãos do judiciário e, em última análise, ao convencimento de apenas seis cidadãos brasileiros, por ser a maioria qualificada exigida para se declarar a inconstitucionalidade de uma lei no Supremo Tribunal Federal.

O trabalho está dividido em 4 capítulos. No primeiro, discorreremos acerca da evolução das formas de legitimação do poder e como chegamos ao Estado Democrático de Direito por meio do discurso da legalidade. No segundo capítulo trataremos da evolução da judicialização e do ativismo judicial no



Brasil. No terceiro capítulo analisaremos a diminuição gradativa das limitações do judiciário para analisar questões anteriormente afetas exclusivamente ao administrador público, o que levou à formulação do princípio da juridicidade. No quarto e último capítulo fazemos considerações acerca do discurso de legitimação da judicialização no Brasil.

## 1 EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE LEGITIMAÇÃO DO PODER

As formas de legitimação do poder evoluem<sup>2</sup> desde o princípio da civilização. Vão desde simples coação, baseada quase sempre no uso da força, passando por “indicações” divinas e, como último exemplo, a escolha pela vontade do povo. Essas formas se encaixam nos três tipos puros de autoridade descritas por Weber, a saber: a legal<sup>3</sup>, a tradicional e a carismática. (WEBER, 2005).

As democracias modernas se baseiam no tipo legal de autoridade weberiana, e todo um discurso jurídico foi criado para que se legitimasse essa dominação. Assim entende Foucault quando diz: “A teoria do direito, da Idade Média em diante, tem essencialmente o papel de fixar a legitimidade do poder” (FOUCAULT, 1979, p. 101).<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Como nota de esclarecimento, vale ressaltar que trataremos a evolução, em qualquer contexto, de forma relativística. Ou seja, trata-se da mudança de uma situação para outra em que sejam necessárias adaptações da sociedade, seja em que sentido for. Não utilizaremos o termo evolução - em especial a cultural de que trata o texto - como um processo de aprimoramento do grupo analisado, pois partimos do pressuposto de que as sociedades são diferentes, nunca superiores ou inferiores.

Sabemos que, ao contrário do que apregoavam os antropólogos evolucionistas, as culturas não seguem um caminho de desenvolvimento com estágios comuns a serem vencidos, como bem resumiu Claude Lévi-Strauss (1983, p. 25): “A história das civilizações mostra que uma ou outra pôde, no correr dos séculos, assumir um brilho particular, Mas isto não aconteceu necessariamente na linha de um desenvolvimento único e sempre orientado no mesmo sentido”. Além disso, observam-se várias das formas de legitimação convivendo simultaneamente na mesma sociedade.

<sup>3</sup> O presente trabalho tratará apenas do tipo legal de autoridade weberiana, haja vista o seu escopo se inserir na área do direito administrativo.

<sup>4</sup> O livro *Microfísica do Poder* (FOUCAULT, 1979) será o norteador do presente trabalho. Na verdade, tentaremos acrescentar à obra do grande filósofo mais um exemplo de discurso de dominação no Direito para robustecer as conclusões do saudoso francês. Se precisássemos escolher um trecho de sua obra que resume tudo o que tentaremos demonstrar, o excerto seria o seguinte:

Procurei [...] fazer sobressair o fato da dominação no seu íntimo e em sua brutalidade e a partir daí mostrar não só como o direito é, de modo geral, o instrumento dessa dominação – o que é consenso – mas também como, até que ponto e sob que forma o direito (e quando digo direito não penso simplesmente na lei, mas no conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o

No entanto, independente da forma de legitimação, ocorre conflito de classes por concessões, o que leva a um equilíbrio entre essas forças. Como exemplo, sob o viés capital *versus* trabalho de Marx (1996, p. 115), esse equilíbrio entre ganhos de capital e salários forma o grau efetivo do lucro, evitando a revolta dos trabalhadores.

A classe dominada, se reunir força suficiente, promove mudanças no cenário de dominação e cria uma nova ordem de poder onde, normalmente, eles próprios se designam como tutores<sup>5</sup> do novo “paradigma”.<sup>6</sup>

### 1.1 Estado Democrático de Direito

No entanto, quando um novo paradigma de poder se instala, surge a necessidade de se atribuir a ele a legitimação necessária, pelo motivo já explicitado anteriormente.

Por isso, a maioria dos países ocidentais pratica a democracia, uma forma de legitimação do poder que se baseia na escolha popular dos

---

direito) põe em prática, veicula relações que não são relações de soberania e sim de dominação (FOUCAULT, 1979, p. 102, grifo nosso)

<sup>5</sup> Como exemplo supremo desse ciclo de poder, a mitologia grega é precisa:

Úrano, o senhor do universo, o pai dos Titãs, devolve ao seio materno – Géia ou Gaia – seus filhos, pois temia que esses o destronassem. Porém, instigado pela mãe, um dos filhos, Cronos, rebelou-se e destronou seu pai, assumindo assim o comando do mundo. Como a luta pelo poder sempre está presente, Cronos devorava seus filhos com medo de que o destronassem como ele dantes fizera. Um deles, Zeus, escapou desse destino, cresceu e rebelou-se, destronando o pai, Cronos, e assumindo o comando de tudo, episódio conhecido por Titanomaquia.

No entanto, Zeus dividiu seus poderes supremos com seus irmãos, Hades e Posídon. (BRANDÃO, 2000). Ou seja, a tripartição de poderes é bem anterior a Montesquieu, se considerarmos a mitologia como representação da realidade política da Grécia antiga. Aliás, a humanidade também lida com isso há muito, pois Aristóteles lançou o germe dessa tripartição ao detalhar os três poderes existentes em todo governo (ARISTÓTELES, 2010, p. 87).

<sup>6</sup> Termo emprestado da obra de Thomas Kuhn, *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Apesar de originalmente se aplicar ao estudo das ciências, o entendimento se encaixa perfeitamente com os ciclos de poder nas sociedades democráticas ao detalhar as fases das revoluções científicas.

governantes. Tratar-se-ia, nos dizeres de Abraham Lincoln, “[d]o governo do povo, pelo povo e para o povo”.

A esses governantes eleitos e sua atuação esperada dá-se o nome de Estado Democrático, definido por Motesquieu (1999, p. 8) em lição célebre: “Quando, na república, o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se de uma Democracia.”

Esse Estado Democrático é um discurso criado para mascarar as reais intenções da classe dominante, pois “passado o sufrágio, os eleitos só lembram de quem assinou seus cheques de apoio à campanha, não mais dos anônimos eleitores”. (MÜLLER, 2004, p. 32). Ou seja, esses governantes eleitos atuam apenas em benefício de poucos agentes que detêm o poder de fato. Este poder de fato em uma sociedade capitalista é, basicamente, o dinheiro.

No entanto, para criar o teatro onde essa ficção seja aceita como verdade pelos seus espectadores, faz-se necessária toda a montagem do palco e de seus personagens. Por isso, o surgimento e desenvolvimento da democracia moderna coincidem com o florescer de um número cada vez maior de instituições. O papel delas é o de criar a sensação de que os direitos e o cumprimento das leis estão sendo observados e exigidos por atores alheios aos que executam as atividades. Esse discurso também tem o papel de gerar desinformação<sup>7</sup>, que se baseia na aparente diluição do poder decisório para

---

<sup>7</sup> Mais uma vez valemo-nos da mitologia grega. Zeus engravidou Métis, mas a engoliu por receio de que se cumprisse um oráculo que previa que seu neto oriundo dessa gravidez o destronaria. No entanto, a gestação continuou na cabeça de Zeus, de onde nasceu Atená, a deusa da sabedoria. Ela permaneceu virgem, em grego parthenos, daí seu templo em Atenas chamar-se Parthenon. Essa virgindade garantiria que seu pai não fosse destronado do reino

escamotear interesses e influências. Seria uma espécie de censura, que “[...] também existe na democracia jurídica, onde o que não interessa não é divulgado.” (MELO, 2001).

Cria-se, assim, a impressão de impessoalidade da atuação dos agentes, que por sua vez gera a ilusão de que todos estão sob os mesmos deveres e gozam os mesmos direitos. Em resumo, “em cada momento da história a dominação se fixa em um ritual; ela impõe obrigações e direitos; ela constitui cuidadosos procedimentos.” (FOUCAULT, 1979, p. 16).

Para auxiliar, as próprias leis são doutrinariamente forjadas para serem formulações abstratas e de caráter geral. Contribuem, assim, para formar a sensação de que todos se sujeitam aos mesmos comandos.

No entanto, ainda que sejam aceitas como legítimas, essas normas são enfrentadas pelos descontentes, que decidem discuti-las institucionalmente. A competência para decidir esses conflitos coube historicamente ao judiciário, cuja função real é explicitada no trecho a seguir:

Em termos históricos, as cortes judiciais nas sociedades capitalistas são tradicionalmente concebidas para despolitizar ou pacificar o potencial de tensão dos conflitos sociais de classe. (ALEXANDRE, 2000, p. 5).

Portanto, percebe-se a importância do Poder Judiciário como legitimador do discurso da sujeição de todos aos mesmos ditames legais.

---

celestial. Com a deusa da sabedoria adestrada, essa passou a ser a filha preferida de Zeus. Ou seja, o poder adora a sabedoria, desde que domesticada e impossibilitada de espalhar seus frutos. Chega-se à mesma conclusão no mito de Prometeu. (BRANDÃO, 2000).

## 1.2 Discurso da legitimação do Estado Democrático de Direito

Como veio a demonstrar Derrida (apud SCHWANITZ, 2007, p. 323), a “ilusão acústica” das palavras serve como ferramenta de repressão, que para ele sempre se dá no sistema de símbolos. Atentos a isso, os detentores do poder decidiram criar - ou resgatar, como foi o caso - um termo cujo significante remeta a um significado agradável e que mascare as reais relações de poder. O termo escolhido é ao mesmo tempo explicativo e resumitivo que importa legitimidade a uma expressão: o Estado Democrático de Direito.

Ao significante “Democrático” atribui-se o significado de participação do povo nas decisões. Já ao significante “de Direito” atribui-se o significado de que todos se submetem aos ditames legais, desde as mais altas autoridades até o mais humilde trabalhador. Claro que esse discurso trata apenas do que gostaríamos que fosse, e não do que efetivamente se pratica. Sob essa análise, podemos dizer que o Direito porta-se como o moralismo para Levitt e Dubner (2005, p. 23):

Poderíamos dizer que o moralismo representa a forma como as pessoas gostariam que o mundo funcionasse, enquanto a economia representa a forma como ele realmente funciona.

Esse Estado Democrático de Direito consiste, geralmente, na tripartição de poderes autônomos entre si, onde um poder formula as leis, outro as executa e um terceiro julga os conflitos relacionados a esses normativos. Esse desenho de forças distribuídas e autônomas contribui para a percepção de que os fatos jurídicos sejam tratados por diferentes entidades com atribuições distintas de acordo com o princípio da segregação de funções. A partir do entendimento dessa estrutura, conclui-se que as decisões estatais

sejam enfrentadas por diversos personagens em um encadeamento de atos, tendo como premissa que, pelo grande número de seus elos, o assunto passará por algum que seja isento de influências alheias.

### 1.3 Limitações e soluções dos métodos de dominação

No entanto, esse encadeamento possibilita lacunas de influência dos detentores de poder, pois esses passam a necessitar de uma atuação ubíqua para que seus interesses prevaleçam, onerando em excesso seus métodos.

Para solucionar essa questão, os grupos de influência usam os artifícios que mais se adaptam à realidade dos países onde atuam. A ferramenta para isso é milenar: o maniqueísmo dialético.

As etapas são basicamente as mesmas desde sempre: a) **a criação de “fantasmas” a serem combatidos**, como o incêndio do Reichstag na Alemanha, a “escalada comunista” no Brasil durante o governo João Goulart e o terrorismo de entidades antiocidentais nos EUA contemporâneo; b) **a fragilidade da situação**, como a crise social e econômica da república de Weimar, o mover comunista na América Latina no pós-guerra e a facilidade de acesso a novos métodos eficazes de terrorismo no mundo contemporâneo; c) **a definição do salvador**, que no caso da Alemanha eram os nazistas, no Brasil os militares. Já nos EUA atual coube à guerra ao terrorismo a função de apaziguadora universal. A lista de exemplos é interminável. Chomsky (1992, p. 84-86) inclusive demonstrou como foi simples fazer algo assim nos EUA, bastando uma campanha encabeçada por governo e mídia. A apreensão da

população americana com as drogas aumentou de menos de 3% das pessoas preocupadas para 45% em apenas um ano! O resultado foi um apoio quase incondicional para a guerra às drogas, que persiste até hoje.

Essa solução tem a vantagem de fazer com que as questões importantes sejam afuniladas em uma “superinstituição” que detenha quase todo o poder decisório. Isso ocorreu com a atribuição de poderes quase ilimitados ao *Führer* na Alemanha nazista pelo próprio parlamento, bem como aos militares no Brasil ditatorial e às autoridades de combate ao terror nos EUA.

No Brasil contemporâneo essa superinstituição está sendo desenvolvida por meio da centralização do poder decisório na estrutura judiciária e, em última instância, no Supremo Tribunal Federal. A esse processo dá-se o nome de judicialização.



## 2 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

De acordo com Carvalho (2007, p. 161):

A expansão do poder judicial tem-se tornado um dos problemas da teoria política contemporânea em todo o mundo ocidental. O poder Judiciário, antes visto como mero apêndice dos poderes representativos, hoje ocupa um lugar privilegiado no processo decisório da maioria dos países democráticos ocidentais.

Esse fenômeno foi analisado diversas vezes e sob distintos enfoques. Carvalho (2007, p. 161-179) publicou artigo onde tentou entender a gênese da judicialização da política via controle de constitucionalidade. Para isso, buscou comparar as duas escolas de controle de constitucionalidade presentes no mundo ocidental. Daí concluiu que:

De uma forma muito geral, as instituições da democracia consensual tendem a reforçar empiricamente a menor importância global das cortes e da revisão judicial na vida política.

[...]

Em outras palavras, baixos níveis de disciplina partidária, a necessidade de maiorias especiais na aprovação de alguns importantes diplomas legais, a falta de controle governamental sobre a agenda plenária, a existência de uma atuação legislativa especializada dentro das comissões do Parlamento, a ausência de regras majoritárias na escolha dos membros das comissões e de seus respectivos presidentes, e o poder legislativo de uma comissão para iniciar uma emenda, são fatores que reduzem os níveis de revisão abstrata da legislação. Por extensão, esses fatores reduzem a concentração de poder dentro da legislatura e maximizam a influência da oposição no *policymaking*. Portanto, quanto maior a concentração de poder no processo decisório ou, dito de outra forma, quanto menor a possibilidade de vetos múltiplos no processo decisório, maior a possibilidade de uma judicialização da política. (grifo nosso)

O Brasil apresenta todos esses mecanismos de diluição do poder citados no excerto acima. A despeito disso, vemos o avanço da judicialização no país. Isso se deve, segundo Carvalho (2004, p. 117)<sup>8</sup>, a:

[...] uma mudança de comportamento jurisprudencial dos tribunais. Estes passaram a atuar nos vazios institucionais deixados pelos poderes representativos. Essas alterações foram impulsionadas pelas mudanças interpretativas das escolas jurídicas (crise do Positivismo Jurídico), pela delegação e/ou omissão dos poderes Executivo e Legislativo, pelo aperfeiçoamento das instituições judiciárias (como, por exemplo, a criação dos conselhos da magistratura), pela crescente pressão da sociedade civil e, sobretudo, pela constitucionalização dos direitos fundamentais.

Para se chegar a essa situação, Tate (1995 apud CARVALHO, 2004, p. 117-120) desenvolveu um quadro com seis condições políticas para que esse fenômeno se instale em algum país. Em apertada síntese, essas condições dizem respeito a um estado democrático de direito com poderes autônomos cujo ordenamento jurídico permita garantias de direitos políticos para as minorias e para a oposição.

<sup>8</sup> No artigo citado, o autor apresenta uma forma de análise sobre a ocorrência de judicialização no Brasil da seguinte forma (CARVALHO, 2004, p. 121):

[...] a análise procedimental apropriou-se de um cabedal teórico que explica a judicialização no Brasil por meio do aumento expressivo das ações judiciais, entendendo essa explosão processual como uma forma de participação da sociedade civil. O sustentáculo básico dessa afirmação são os dados empíricos coletados. No entanto, tais dados confirmam que a taxa de julgamento do mérito das ADINs no período de 1988 a 1998 (WERNECK VIANNA, 1999, p. 120) foi de 13,54% do total das 1 935 ADINs. Ainda sobre esse total, temos 54,36% aguardando julgamento. Portanto, se for necessário levar em consideração a vontade do operador do Direito em participar do *policy-making*, o percentual de ADINs julgadas em seu mérito não parece ser um argumento persuasivo no diagnóstico da judicialização da política no Brasil.

No entanto, a situação atual é bem distinta. Atualmente (até 31/8/2010), a quantidade dessas ações com decisões de mérito chega a 24,4%, e apenas 23,7% aguardam julgamento, além de 9,4% de ações que já tiveram alguma decisão em caráter liminar. Além disso, se no período analisado pelo autor a média de ações era de cerca de 193 por ano, de 1999 até agosto de 2010 a média anual subiu para 207.

Também acrescentamos que até 1998 (final do estudo citado) apenas 44% das ADINs eram conhecidas. Do início de 2004 até agosto de 2010 essa taxa subiu para 77,6%.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>. Acesso em 27 set 2010).

Essas condições parecem ser óbvias, pois a judicialização precisa ser provocada, e normalmente essa provocação vem de grupos minoritários ou da oposição. Como essas decisões dar-se-ão no plano do judiciário, este precisa ser autônomo para contrapor-se às decisões majoritárias e para que suas sentenças sejam respeitadas e executadas.

Apesar de esses argumentos parecerem suficientes para o desenvolvimento da judicialização, ainda se faz necessária outra condição para que esta ocorra, que é o sentimento de inefetividade das instituições majoritárias, pois “Alguns tribunais, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a pôr um fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político” (TATE, 1995 apud CARVALHO, 2004, p. 117-120).

Todas essas condições são encontradas atualmente no Brasil. Portanto, basta um avanço no entendimento jurisprudencial e a elaboração de algumas normas para que a judicialização tome marcha e avance no país. E isso já está acontecendo, como discutiremos nos tópicos a seguir.

## **2.1 Situação no Brasil com a Constituição de 1988**

No Brasil, o término da ditadura de 1964 importou o fim da “superinstituição” Governo Militar. Em seu lugar veio a imediata solução plasmada na Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos:

TÍTULO II  
Dos Direitos e Garantias Fundamentais  
CAPÍTULO I  
DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Portanto, segundo o ditame constitucional, nenhuma lesão ou ameaça a direito escapa à análise do judiciário. Soma-se a isso o fato de que, “como o texto constitucional é muito extenso e detalhista, dificilmente uma questão escapa de apreciação judicial” (SADEK, 1996, p. 21).

Além disso, o Brasil adota em seu entendimento jurídico que a Constituição é a norma positivada fundamental, segundo a pirâmide de Kelsen (1999, p. 216-217). Segundo esse conceito, a partir dessa norma fundamental todas as outras buscam legitimidade, sem a qual padecem do vício de antijuridicidade, no caso denominado de inconstitucionalidade.

Buscaremos fazer, nos próximos parágrafos, uma breve introdução acerca do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

### **2.1.1 Controle político ou jurídico?**

Para solucionarem-se os casos de normas inconstitucionais houve uma profunda discussão doutrinária sobre quem seria o “guardião da constituição” entre Hans Kelsen e Carl Schmitt (BAHIA, 2004) na década de 1930. O primeiro entendia que essa função caberia ao judiciário (especificamente um Tribunal Constitucional), enquanto que o segundo

considerava ser atribuição do líder do Governo, pois entendia que se tratava de função de natureza política, e não jurídica<sup>9</sup>.

A nossa Constituição de 1988 elegeu o entendimento de Kelsen, apesar de conferir certas possibilidades de controle de constitucionalidade no decorrer do processo legislativo ao Presidente da República, como no caso do veto a leis<sup>10</sup>. No entanto, a prevalência do controle de constitucionalidade, no Brasil, é do poder judiciário.

### 2.1.2 Controle jurisdicional difuso ou concentrado?

O controle de constitucionalidade jurisdicional se dá de duas formas: controle direto ou concreto e o concentrado, também chamado de direto ou abstrato. Nas palavras de Mezzomo (2006, p. 1), “No caso do controle *difuso* ou *concreto*, há o caráter incidental da discussão da constitucionalidade à vista de uma demanda que visa determinada pretensão, que não é a de declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma.”

<sup>9</sup> Apesar da associação que Schmitt teve com o nazismo, vale lembrar que essa sua posição doutrinária precede a ascensão do Partido Nazista ao poder. Enquanto esta se deu em 1933, aquele posicionamento ocorreu em 1929, com a publicação do artigo “*Das Reichsgerichts als Hüter der Verfassung*”, que seria republicado e ampliado em 1931. Logo, não nos parece haver qualquer indício de intencionalidade de Schmitt com vistas à usurpação do poder pelo seu partido.

<sup>10</sup> Constituição Federal:

[...] TÍTULO IV - Da Organização dos Poderes [...]

CAPÍTULO I - DO PODER LEGISLATIVO [...]

Seção VIII - DO PROCESSO LEGISLATIVO [...]

Subseção III - Das Leis [...]

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - **Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional** ou contrário ao interesse público, **vetá-lo-á total ou parcialmente**, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. (grifos nossos)

Já no controle abstrato – ou concentrado - a questão constitucional é a própria motivação do pedido, “que se volta contra a lei abstratamente considerada, e não contra os seus efeitos concretos. Busca-se em síntese, afirmar ou negar a conformidade, material ou formal, do ato normativo em relação à Constituição.” (MEZZOMO, 2006, p. 1). O sistema jurídico brasileiro contempla as duas formas.

Portanto, para o controle jurisdicional da constitucionalidade, o constituinte originário brasileiro de 1988 elegeu o sistema híbrido, em que coexistem o controle de constitucionalidade concentrado e o difuso.

Pelo mecanismo do controle difuso, a inconstitucionalidade de uma norma poder ser argüida em qualquer instância judicial por qualquer das partes. Já no controle concentrado, essa argüição só é permitida a um seletivo grupo de legitimados e apenas perante o tribunal competente para analisar a questão.

### **2.1.3 Predominância do STF no controle de constitucionalidade**

A despeito de o Brasil praticar o sistema híbrido de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, a aferição da incompatibilidade das normas com a Constituição cabe, em última ou única instância, ao Supremo Tribunal Federal, por força dos seguintes dispositivos constitucionais:

CAPÍTULO III  
DO PODER JUDICIÁRIO  
[...]  
Seção II  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
[...]

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[Controle difuso]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[Controle concentrado]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (grifo nosso)

Essas decisões pela inconstitucionalidade de normas devem ser tomadas por maioria absoluta dos seus 11 membros<sup>11</sup> por exigência expressa do art. 97 da Carta Maior, que dispõe sobre a cláusula *full bench* com a seguinte redação:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (grifo nosso).

Diante desses dispositivos conclui-se que todas as decisões jurídicas no Brasil que tratam sobre direitos fundamentais dependem, em última análise, do convencimento de apenas seis pessoas. O inimigo da vez é a insegurança jurídica, cabendo ao Supremo Tribunal Federal o papel de “salvador” *stricto sensu* dos ditames constitucionais.

<sup>11</sup> Constituição Federal - Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

## 2.2 Judicialização

Como já dissemos anteriormente, essa situação não é uma característica exclusiva do Brasil. Desde o final da Segunda Guerra Mundial ocorre um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária nas democracias ocidentais. Com isso, as cortes constitucionais passaram a ser cada vez mais instadas a se pronunciarem a respeito das regras definidas nas suas respectivas constituições, o que transformou o judiciário em mais uma instância das discussões políticas. A esse fenômeno, Barroso (2009) deu o nome de “judicialização”.

Sobre o Brasil, o mesmo autor sugere que a “causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988” (BARROSO, 2009, p. 3). Entre os fatores que levaram à judicialização, o autor elenca algumas como a larga abrangência do nosso sistema de controle de constitucionalidade, bem como o detalhamento da nossa Constituição, cujo efeito foi explicitado de forma lapidar na afirmativa “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”, o que leva à situação de que “quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF”. A partir daí, passa a colacionar vários exemplos de ações políticas decididas no Supremo decorrentes do modelo constitucional que adotamos em 1988.

Essas causas se enquadram perfeitamente nas condições propostas por Tate (1995 apud CARVALHO, 2004) que citamos na introdução deste capítulo 2.



## 2.3 Desenvolvimento do ativismo judicial

Essa ampliação das competências dos órgãos judiciais, em especial quanto ao controle de constitucionalidade, importou o entendimento de que cabe ao judiciário não só defender a Constituição de antinomias, como também a de preencher anomias. Ou seja, ao judiciário passou a caber não só o papel de legislador negativo, eliminando do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais, como passou a atuar como legislador positivo. Neste caso, com o fito de garantir os direitos definidos na Constituição, mas que ainda dependam de atuação legislativa ou executiva para serem de fato exercidos.

### 2.3.1 Mandado de Injunção

A discussão paradigmática sobre o assunto deu-se acerca do entendimento do STF quanto ao Mandado de Injunção<sup>12</sup>. O Ministro Néri da Silveira<sup>13</sup> apresentou as possibilidades de entendimento sobre esse instrumento, definindo - em apertada síntese - as posições como “Concretista” e seus desdobramentos e a “Não concretista”.

---

<sup>12</sup> Constituição Federal:

Art. TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

13 Ata da 7.ª (sétima) sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no Diário da Justiça, 4 abr. 1995, Seção I, p. 8.265.

A posição Não Concretista, segundo Alexandre de Moraes (2006, p. 162), baseava-se:

[...] no sentido de atribuir ao mandado de injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, "em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do writ como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política". Sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas, tão-somente, deverá ser dado ciência ao poder competente para que edite a norma faltante. (grifo nosso)

Quanto à posição Concretista, Alexandre de Moraes (2006, p. 159-163) entendia que:

...presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, **o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito**, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição divide-se em duas espécies: concretista geral e concretista individual; conforme a abrangência de seus efeitos.

Pela **concretista geral**, a decisão do Poder Judiciário terá **efeitos erga omnes**, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente.

[...]

Pela **concretista individual**, a decisão do Poder Judiciário só produzirá **efeitos para o autor do mandado de injunção**, que poderá exercitar plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional

[...]

Essa espécie, no Supremo Tribunal Federal, se subdivide em duas: direta e intermediária.

Pela primeira, **concretista individual direta**, **o Poder Judiciário**, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, **implementa a eficácia da norma constitucional ao autor.**

[...]

Pela segunda, **concretista individual intermediária**, posição do Ministro Néri da Silveira, **após julgar a procedência do mandado de injunção, fixa ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Ao término desse prazo, se a inércia permanecer o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor.** (grifos nossos)

Apesar de todo o detalhamento das posições concretistas, a posição que efetivamente predominava no Supremo era a não concretista<sup>14</sup>, excepcionalmente aplicando a posição concretista<sup>15</sup>,

No entanto, a partir do ano de 2007 o entendimento do STF alterou-se significativamente, quando passou a adotar a posição concretista ao analisar a mora do Legislativo em regulamentar o direito de greve. Vários autores debruçaram-se sobre o tema, que foi recebido com júbilo pela comunidade acadêmica<sup>16</sup>. Já se fala, inclusive, que o STF está em sua “terceira fase”, pois:

<sup>14</sup> O que tornava esse instituto, em relação aos seus efeitos, idêntico à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a despeito de ser uma garantia afeita ao caso concreto.

<sup>15</sup> Conforme leciona Alexandre de Moraes:

Excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal adotando parcialmente a posição concretista, em face da manutenção da inércia do Poder Legislativo, decidiu em sede de mandado de injunção em relação à norma prevista no art. 8.º, § 3.º do ADCT de 1988 (3), autorizar, desde logo, a possibilidade de ajuizarem os beneficiários dessa norma transitória, com fundamento no direito comum, a pertinente ação de reparação econômica do prejuízo, caso o tenham sofrido. Ressalte-se, porém, que esta decisão baseou-se no fato de o Poder Legislativo ter descumprido um prazo constitucionalmente estabelecido para a edição de norma, pela própria constituição, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, não podendo desta maneira restar dúvida quanto à mora do parlamento. Também, de maneira excepcional, o STF adotou a posição concretista, para proteger o direito constitucional previsto no art. 195, § 7.º (“são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”) e desrespeitado pela inércia estatal, proclamando que “o Tribunal, por maioria, conheceu em parte o mandado de injunção e nessa parte o deferiu para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote as providências legislativas, decorrentes do art. 195, § 7.º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo, sem legislar, passe a requerente a gozar a imunidade requerida”. (MORAES, 2006, p. 162-163)

<sup>16</sup> Nesse sentido ver, entre outros: GALLE, Fabio Cristiano Woerner. Mandado de injunção: o resgate da interpretação concretista. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1679, 5 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10917>>. Acesso em: 20 set. 2010;

As decisões proferidas nos Mandados de Injunção nº 283, 232 e 284, sinalizaram para uma nova compreensão do instituto e a aceitação de uma solução “normativa” para a decisão judicial. Tal postura deu início a terceira fase da evolução do entendimento do STF sobre o tema. [que seria, segundo a autora, a da “Predominância da Teoria Concretista”] (OLIVEIRA, 2010)

Portanto, percebe-se claramente o alargamento da atuação do Supremo sobre as competências legislativas, com o objetivo de garantir a máxima efetividade dos preceitos constitucionais. A esse fenômeno dá-se o nome de “Ativismo Judicial”, como afirma Rafael da Silveira Petracioli (2009):

O ativismo judicial, em primeira perspectiva, é o fenômeno em que o Poder Judiciário transmuda de seu estado de passividade para uma atitude proativa, optando ativamente pela interpretação dos preceitos constitucionais de maneira que lhes são emprestados máximas efetividade e concretização de direitos, notadamente de direitos fundamentais.

Portanto, o ativismo judicial busca tornar efetivos os direitos elencados na Constituição que ainda dependam de regulamentação do Legislativo e do Executivo. Com isso, busca-se a máxima efetividade dos preceitos constitucionais, que passam a ser auto-aplicáveis em vez de sujeitos aos humores da cena política.

## **2.4 Outras considerações acerca da “superinstituição” judiciário**

O alargamento da competência do judiciário não se deu apenas nos âmbitos doutrinários e jurisprudenciais. O próprio poder legislativo atribuiu-lhe o

---

PINTO, Luciana Teixeira da Silva. Mandado de injunção e a nova visão do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.r2learning.com.br/\\_site/artigos/artigo\\_default.asp?ID=1120](http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=1120)>. Acesso em: 12 set. 2009.

poder para legislar sobre matéria constitucional com efeitos amplos, e o fez no texto constitucional!<sup>17</sup>

Apesar das limitações impostas pelo próprio texto, ainda assim as súmulas vinculantes sujeitam o Poder Executivo em todas as esferas federativas e todo o Poder Judiciário, exceto o próprio STF. Ou seja, trata-se de uma verdadeira lei nacional.<sup>18</sup>

Além disso, o texto da constituição usurpou do STJ parte de sua competência que seria adquirida com a mesma Emenda à Constituição, pois cabe ao STF julgar a validade de ato local em face de lei federal<sup>19</sup> se entendermos que a súmula vinculante se trata de lei nacional em sentido material.

Sobre o controle da constitucionalidade das leis, a despeito de não vincular a atuação do legislativo, esse controle permanece, só que *posteriori*. Além disso, é quase irrestrito e tende a se tornar quase absoluto, haja vista a lei da Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental – Lei Federal n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que a tornou instrumento idôneo para

<sup>17</sup> Constituição Federal - Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. . (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A lei que regulamenta a súmula vinculante é a Lei Federal n. 11.417, de 19/12/2006.

<sup>18</sup> Como alento, esta “lei” não depende de apenas seis votos, mas sim de oito...

<sup>19</sup> Constituição Federal - Art. 103-A. [...], § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Em contraposição ao:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] II - julgar, em recurso ordinário: [...] b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

analisar inclusive legislação municipal, bem como leis anteriores ao atual ordenamento constitucional, de acordo com o texto da lei:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (grifo nosso)

E para agravar a situação, o ativismo judicial do STF não indica que as decisões levarão a mudanças sociais satisfatórias, haja vista a tradição da Suprema Corte em tutelar interesses apenas de parcelas economicamente relevantes da população, como demonstrou Alexandre (2000, p. 6), citando Castro, no seguinte excerto:

Realisticamente, vale pontuar que a aparente boa vontade dos tribunais no Brasil de tutelar eficazmente interesses em conflito está longe de refletir uma mobilização sincera e bem coordenada para mudar a realidade social brasileira da atualidade. Levantamentos realizados por Castro, dando conta das questões priorizadas pelo Supremo Tribunal Federal indicam que decisões de cunho não econômico sequer são tratadas – o STF, no período analisado (1994), caracterizou-se por fazer uso parcimonioso de garantias constitucionais de amplo alcance, limitando as medidas de impacto político mais visível a decisões liminares. (grifo nosso).

## 2.5 Relativo consenso acerca do ativismo judicial

Apesar de toda a crítica ao ativismo judicial até aqui exposta, Barroso (2009, p. 19) entende que o fenômeno é, até o momento, saudável, como se depreende do excerto a seguir:

...o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Enquanto essa desejada reforma política não vem, a solução sugerida por Barroso (2009, p. 18) é:

...dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.

Assim também entendem Candido e Souza (2009, p. 12) quando alertam sobre o que entendem ser o prazo *ad quem* para esse ativismo judicial atual:

O ativismo judicial do século XXI tem despertado inúmeros rumores acerca do Poder exercido pelo Judiciário, [mas] não deve ser visto como mal ou desgraça do Estado, mecanismo de instabilidade. Pelo contrario, vê-se uma função pedagógica nas ações do Supremo Tribunal Federal, a exemplo que ao manifestar-se como tribunal constitucional, é válido salientar que suas decisões têm caráter temporal, condicionado até que o Poder competente legisle sobre a matéria omissa. (grifo nosso)

Outro efeito benéfico dessa expansão da atuação do judiciário é o fortalecimento do federalismo brasileiro, conforme entendem Viana, Burgos e Salles (2007, p. 51):

Esse dado corrobora a observação [...] de que as Adins têm se constituído em importante instrumento de racionalização, centralização e homogeneização da produção normativa dos estados, incorporando-se, portanto, como peça fundamental na arquitetura do federalismo brasileiro.

Portanto, desde que respeitadas as cláusulas de separação entre os poderes, esse ativismo judicial é entendido como salutar para o nosso ordenamento jurídico. No entanto, entendemos, assim como os autores acima

citados, que essa situação deva ser considerada como uma mera fase de transição, e que a decisão legislativa seja a que prevaleça, sempre que possível.

Como fica claro no exposto acima, nos posicionamos no centro da discussão entre o constitucionalismo “garantístico” de Dworkin (2005) e o procedimentalista de Habermas (2003). Do primeiro defendemos que os direitos elencados na Constituição sejam efetivamente disponibilizados e garantidos aos cidadãos, ainda que pelo Judiciário, quando os outros poderes se furtarem dessa incumbência.

No entanto, após a atuação dos outros poderes no sentido de se garantirem esses direitos, entendemos caber ao judiciário unicamente as tarefas de avaliar se as regras do processo foram respeitadas, de acordo com a visão habermasiana, e se foram mantidos intactos os direitos fundamentais, baseados em princípios constitucionais. A partir daí, todas as discussões políticas sobre o tema seriam debatidos e decididos pelos poderes representativos.

Com esse entendimento garantir-se-ia a máxima efetividade da Constituição e a separação de poderes, de forma que o ativismo judicial seja meramente circunstancial, porém fundamental, até o amadurecimento da cultura democrática no país. Com isso, os receios de Moro (2004, p.317 apud PEREIRA, 2009, p. 19) seriam mitigados, pois ele crê que há um risco em se defender o ativismo judicial, contudo “apregoar o imobilismo também oferece riscos, ainda mais considerando as carências brasileiras, sendo um fator



negativo não só dentro do Judiciário, mas também em nossa sociedade civil, comprometendo a qualidade de nossa democracia”.

## **2.6 Choque de realidade**

Em que pese o discurso consistente apresentado nos capítulos anteriores sobre as limitações do ativismo judicial, o que se pratica atualmente, de fato, é um alargamento, a nosso ver indevido, da atuação do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Os entendimentos expostos anteriormente evoluem sempre no sentido de aumentar a centralização das decisões definitivas naquela Corte. Além disso, há uma evolução também no sentido de que todos os aspectos da atuação dos outros poderes possam ser submetidos ao exame judicial e que esse exame exare decisões com efeitos vinculantes e com caráter de definitividade.

Um exemplo que se tornou emblemático a respeito desse aumento de atribuições do Poder Judiciário e, em última análise do STF, é o entendimento acerca do controle judicial sobre os atos discricionários do Administrador Público. Essa evolução interpretativa partiu desde a liberdade plena do administrador até o atual entendimento chamado de “Princípio da Juridicidade”, onde quase nada, em termos de atuação discricionária do administrador, escapa ao exame judicial.

### **3 EVOLUÇÃO DA ANÁLISE DO PODER DISCRICIONÁRIO**

Já discutimos como as lacunas de influência dos detentores de poder levam a soluções centralizadoras que denominamos superinstituições. Também discutimos que, com a Constituição de 1988, em nome da segurança jurídica, essa atribuição coube ao judiciário e, em última instância, ao Supremo Tribunal Federal.

Ainda assim, a situação não era de todo satisfatória para os detentores do poder, pois a doutrina e a jurisprudência ainda estabeleciam limites à atuação do judiciário e, em especial, do STF. Como exemplos, entendia-se que os atos políticos estariam livres da possibilidade de revisão pelo judiciário, bem como o mérito dos atos administrativos discricionários.

Ou seja, voltamos aos problemas das lacunas de influência, que precisaram ser atacadas para o retorno do poder aos seus donos de fato. Nesse ponto a solução deveria vir por meio de alteração dos entendimentos firmados, pois a própria Constituição criou limites para sua alteração.

#### **3.1 Solução para a questão dos atos políticos**

Quanto aos atos políticos, o entendimento está “evoluindo” no sentido de que, por certos direitos estarem expressamente previstos na CF, cabe ao judiciário a função de dar concretude a eles se os agentes da política não o fizerem, em nome da máxima efetividade da Constituição. Nesse sentido já se manifestou o STF nos seguintes termos:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (grifo nosso) (STF, Relator Min. CELSO DE MELLO, ADPF (Medida Liminar) n. 45-9/DF, DJU 04.05.04, p. 12).

### 3.2 Controle sobre atos discricionários

Já os atos discricionários sofreram vários reveses gradativos em sua característica que lhes adjetiva. Inicialmente eram entendidos como sendo de ampla liberdade de escolha pelo administrador, conforme sustenta Mauro Roberto Gomes de Mattos (2005, p. 1):

A primeira fase do direito administrativo, aquela dos primórdios da Revolução Francesa fixou a noção de ato administrativo para delimitar as ações da Administração Pública "excluídas por lei da fiscalização dos tribunais judiciais". E foi pela Lei de 16 Fructidor do Ano III (1795), que em consonância com o princípio da separação dos Poderes, houve a subtração dos atos administrativos da jurisdição dos tribunais judiciais.

Esse entendimento deu lugar ao de que apenas o seu mérito estava isento de controle judicial, mas os outros requisitos do ato deviam obediência

aos ditames legais. Nesse sentido se manifestava o STJ nos seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA.

Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público. (STJ, Relator Min. Vicente Leal, RMS 14967/SP, DJU 22.04.03, p. 272);

ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO – DAÇÃO EM PAGAMENTO – INDEFERIMENTO DO PEDIDO – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – RESPALDO LEGAL.

Nos atos discricionários, desde que a lei confira à administração pública a escolha e valoração dos motivos e objeto, não cabe ao judiciário rever os critérios adotados pelo administrador em procedimentos que lhe são privativos, cabendo-lhe apenas dizer se aquele agiu com observância da lei, dentro da sua competência.

Recurso ordinário improvido. . (STJ, Relator Min. HUMBERTO MARTINS, RMS 13487/SC, DJU 17.09.07 p. 231).

### 3.3 Princípio da juridicidade

Atualmente, sequer o mérito escapa ao controle do judiciário, pois lhe cabe analisar sua concordância com as leis e os princípios gerais de direito. A esse entendimento dá-se o significado de princípio da juridicidade. Nesse sentido se manifesta atualmente o STJ nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS "A" E "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO. ATO VINCULADO. CONTROLE JURISDICIONAL. LIMITES. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

[...]

4. Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais,

como proporcionalidade e razoabilidade. (STJ, Relator Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, REsp 1001673/DF, DJe 23/06/2008).

### 3.3.1 Bases legais para o princípio da juridicidade

O princípio da juridicidade foi sendo inserido de forma subreptícia na doutrina e jurisprudência brasileiras. Essa evolução começou com a principialização e a constitucionalização do direito, conforme já discutimos anteriormente, em especial sobre o instituto do mandado de injunção. No caso específico do direito administrativo, assim entendia Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 616):

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (artigo 5º, inciso LXXIII e 37). (grifo nosso)

Além disso, o princípio da juridicidade foi positivado de forma simples e contundente na Lei do Processo Administrativo, n. 9.784/99, nos seguintes termos:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito"; (grifo nosso)

O dispositivo cria um encadeamento inextrincável entre os atos administrativos e o controle judicial, haja vista que a administração pública

submete-se ao princípio constitucional da legalidade<sup>20</sup> e a lei determinou que ela respeite observância ao Direito.

Portanto, a abrangência da liberdade de o administrador decidir sobre ato discricionário permaneceu, porém perdeu-se a prerrogativa do mérito ser inatacável judicialmente.

Esse entendimento foi perfeitamente consolidado no parecer PGFN Nº 1.087/2004 nos seguintes termos:

32. [...] há de falar-se, atualmente, em oposição ao controle de mérito, em controle de juridicidade dos atos administrativos, o qual se divide em controle de legalidade e controle de juridicidade stricto sensu. O controle jurisdicional da juridicidade dos atos administrativos abrange o exame da conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei (controle de legalidade) e da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios (controle da juridicidade estricto [sic] sensu). (grifo nosso).

Para daí concluir que:

1) existe, sim, a possibilidade jurídica de as decisões do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que lesarem o patrimônio público, serem submetidas ao crivo do Poder Judiciário, pela Administração Pública, quanto à sua legalidade, juridicidade, ou diante de erro de fato. (grifo nosso).

Logo, o entendimento atual é o de que a justiça pode analisar o mérito dos atos administrativos discricionários quanto à sua adequação aos princípios constitucionais e gerais de direito. A esse entendimento dá-se o nome de “princípio da juridicidade”, um eufemismo para o afunilamento de todo

<sup>20</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

o poder decisório na direção do judiciário e, em última análise, para as mãos de apenas seis<sup>21</sup> cidadãos brasileiros.

Com isso, esses seis cidadãos se transformaram nos deuses da “teologia constitucional”, o que imunizaria, segundo Maus (2000, pp. 186-187 apud CITTADINO, 2002, p. 7), “a atividade jurisprudencial perante a crítica a qual originariamente deveria estar sujeita (...), pois quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social...”.

---

<sup>21</sup> Para nosso espanto, até a regra de maioria absoluta está sendo objeto de discussão no STF. A edição de 18/9/2010 do *Correio Braziliense* mostra que o Supremo Tribunal Federal discute se pode decidir pela inconstitucionalidade de normativo com apenas 5 votos, considerando o voto do ministro presidente como tendo peso 2. E há ministros lá que entendem nesse sentido! Cf : TAFFNER, R. No caso Roriz, se decisão empatar, peso do voto do presidente será decidido. *Correio Braziliense*. 18/09/2010. Disponível em: [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia182/2010/09/18/noticia\\_eleicoes2010,i=213595/NO+CASO+RORIZ+SE+DECISAO+EMPATAR+PESO+DO+VOTO+DO+PRESIDENTE+SERA+DECIDIDO.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia182/2010/09/18/noticia_eleicoes2010,i=213595/NO+CASO+RORIZ+SE+DECISAO+EMPATAR+PESO+DO+VOTO+DO+PRESIDENTE+SERA+DECIDIDO.shtml). Acesso em: 07 out. 2010.

#### 4 DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Como forma de legitimar essa deificação institucional, define-se no horizonte da doutrina contemporânea o discurso da “comunidade dos intérpretes”, pois “abrir-se-ia no Judiciário um novo espaço público, no qual participam novos agentes (a comunidade de intérpretes), os quais, segundo procedimentos determinados, dedicar-se-iam à interpretação aberta dos valores compartilhados pela comunidade com vistas a sua efetivação” (MACIEL; KOERNER, 2002).

Esse discurso foi explicitamente condensado em 2008 em um artigo com o sugestivo título “Politização e legitimidade discursiva do judiciário na democracia constitucional” (ROSÁRIO, 2008). A autora apresenta a tese da seguinte forma:

Há possibilidade de participação democrática direta na prestação jurisdicional. A abertura do processo à ‘comunidade aberta de intérpretes’ reforça a legitimidade do Judiciário (ROSÁRIO, 2008, p. 2 grifo nosso)

Como argumento, apela para a construção racional da decisão pelo cotejo dos valores da comunidade dos intérpretes, sustentando-a na abordagem habermasiana da teoria discursiva, que entende que “A legitimidade do Judiciário é, sobretudo, discursiva. Deste modo, se assenta na observância das regras do discurso racional, na construção do argumento verossímil que, tendo colhido os valores da comunidade e elaborado a sua escolha, tenha o potencial de despertar senão o consenso, algo próximo dele.” (ROSÁRIO, 2008, p. 2).



No entanto, esse argumento baseia-se no pressuposto de que os membros da sua comunidade tenham efetivo papel na construção da decisão, bastando para isso a mera apresentação de sua interpretação construída com argumentos consistentes, pois “a legitimação discursiva se opera pelo alcance da ‘verdade consensual’, advinda do debate, da construção do consenso a partir do dissenso, externada em linguagem ‘autêntica, justificável e consensual’”. (ROSÁRIO, 2008, p. 8)

A despeito disso, a prática mostra que a realidade é bem distinta, e isso ficou bem claro nos últimos anos, especialmente quando um ministro do STF atropelou o enunciado da Súmula 691<sup>22</sup> de sua própria Corte para conceder dois *habeas corpus*<sup>23</sup> em 48 horas a um banqueiro que estava preso devido aos desdobramentos da polêmica “Operação Satiagraha”.<sup>24</sup> Esse mesmo ministro se sobrepôs à decisão de um colega de Casa e cassou sua liminar apenas cinco dias após ser concedida.<sup>25</sup>

Basta uma ressalva e toda a lei pode ser mitigada para beneficiar quem se deseja. Os exemplos são vários, como toda a discussão acerca da legalidade de se utilizar algemas em pessoas que não ofereçam risco, como no caso da própria Operação Satiagraha, citada acima, que gerou uma onda de protestos entre a alta magistratura contra essa atitude da Polícia Federal, o que

<sup>22</sup> Teor da Súmula 691 do STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de ‘habeas corpus’ impetrado contra decisão do relator que, em ‘habeas corpus’ requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”.

<sup>23</sup> STF, Relator Min. Eros Graus, Habeas Corpus (Medida Cautelar) n.95.009-4/SP.

E como se não bastasse, a maioria do Supremo ainda referendou a decisão, com a honrosa exceção do Ministro Marco Aurélio Mello. Mais sobre o voto do Ministro Marco Aurélio Mello disponível em: <http://www.teletime.com.br/News.aspx?ID=102157>. Acesso 14/11/2010.

<sup>24</sup> Todos os detalhes da operação estão em matéria publicada disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2008/operacaosatiagraha/> Acesso em 24/9/2010.

<sup>25</sup> Caso Sean disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-22/gilmar-mendes-cassa-liminar-autoriza-viagem-sean-eua-pai>. Acesso em 14/11/2010.

levou à expedição de uma súmula vinculante<sup>26</sup> em tempo recorde. Apesar do inegável mérito da decisão, a mesma revolta não se viu quando o goleiro do Flamengo, Bruno, apareceu algemado em um vídeo dentro de um avião!<sup>27</sup> Além disso, a ex-esposa do jogador, que é acusada de ter escondido o filho da suposta vítima do caso, foi levada à delegacia na traseira de um camburão algemada, como se houvesse algum risco de ela ficar com as mãos livres.<sup>28</sup> Também não há relatos da alta magistratura se indignando contra essa situação neste caso.

Portanto, uma argumentação bem fundamentada sequer é considerada quando os grupos dominantes a rejeitam. Isso é válido até quando se trata de alguém da elite intelectual da área. Como exemplo, citamos a heróica batalha dos “Bandeira de Mello”, pai e filho, para que se alterasse a rotulação dos impropriamente chamados “contratos administrativos”. Após quase 40 anos apresentando argumentos com maestria insuplantável, o filho ainda é voz solitária na questão e já se mostra descrente numa mudança do quadro, como podemos ver no excerto a seguir:

As palavras são meros rótulos que sobrepomos às coisas. Seria desejável que às realidades distintas fossem dadas titulações diferentes, para evitar confusões e extrapolações indevidas, como ocorre no caso [entre contratos e contratos administrativos]. Seria preferível evitar a terminologia que afilia à matriz contratual alguns destes vínculos cuja índole não se compatibiliza com a ascendência que se lhes quer inculcar. Entretanto, parecem fadados ao insucesso

<sup>26</sup> Súmula vinculante n. 11, de 13/8/2008 – STF: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

<sup>27</sup> Disponível em: <http://video.globo.com/Videos/Player/Noticias/0,,GIM1303187-7823-MULHER+DO+JOGADOR+PRETENDE+COLABORAR+COM+INVESTIGACOES.00.html>.

Acesso em 14/11/2010.

<sup>28</sup> Disponível em: <http://video.globo.com/Videos/Player/Noticias/0,,GIM1303188-7823-MULHER+DE+BRUNO+DECIDE+COLABORAR+COM+AS+INVESTIGACOES.00.html>. Acesso em 14/11/2010.

quaisquer esforços para demonstrar a inconveniência desta rotulação.  
(MELLO, 2004, p. 580, grifo nosso).

Quanto à comunidade dos intérpretes, ainda que se aduza à argumentação questões como os *amicus curiae* em incidentes de inconstitucionalidade<sup>29</sup> e as realizações de audiências públicas<sup>30</sup>, ainda assim não se pode afirmar que a legitimação democrática foi plenamente atendida. Isso porque o julgador não submete, em grande parte das vezes, os argumentos a uma análise mais profunda, haja vista a prática corrente em nossos tribunais da elaboração do voto ser anterior às sessões de julgamento, onde os debates mais qualificados efetivamente ocorreriam.

Nesse aspecto, concordamos com Luhmann em contraposição às palavras de Tércio Ferraz (2006 apud ROSÁRIO, 2008, p. 11) ao abordar o assunto:

Tércio entende que este posicionamento [o de Luhmann] torna o Direito um instrumento de controle e de manipulação e forma pervertida de comunicação, pois dá ao endereçado do discurso a impressão de que o discurso obedece às regras de fundamentação. O sistema normativo se legitimaria, então, na medida em que esta ilusão fosse garantida.

Para Tércio, a legitimação discursiva do discurso normativo, por ser este heterológico, está na observância das regras do discurso racional, sendo a mais importante delas a garantia da possibilidade

<sup>29</sup> Valemo-nos de excerto de um artigo para melhor entendimento do tema:

Encontramos, com mais visibilidade, a atuação do amigo [*amicus curiae*] da corte nas ações de controle abstrato de inconstitucionalidade (ADIN) e de constitucionalidade (ADECON), com embasamento constitucional e regulamentadas pela Lei 9.868/99, pois, esta Lei, em seu art. 7º "caput", expressamente veda a intervenção de terceiros no processo que regulamenta, porém, no §2º do mesmo, admite que, o Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

A Lei 9.882/99, que regulamente o procedimento para Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), em seu art. 6º, § 1º, também prevê a participação do amigo da corte, pois assim reza:

*"§1º - Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria".* (PRADO, 2005, grifo do autor).

<sup>30</sup> Ver mais sobre em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>

de questionamento das premissas e o dever de prova. Tércio reconhece que as premissas serão mais verossímeis do que verdadeiras e que o contínuo questionamento destas levará inevitavelmente a aporias. No entanto, garante que é exatamente nesta peculiaridade que residirá a legitimidade racional do discurso normativo. (grifo nosso).

A última afirmativa pode ser reescrita da seguinte forma: o discurso de legitimação levará a paradoxos, e é nesses paradoxos que a legitimidade residirá. De fato, se essas inconsistências forem explicitadas e resolvidas, logo haverá a tão desejada legitimidade racional. Como a prática mostra-nos o contrário - conforme discutimos acima - o discurso da legitimação continua sendo apenas “um instrumento de controle e de manipulação e forma perversa de comunicação, pois dá ao endereçado do discurso a impressão de que o discurso obedece às regras de fundamentação.” (ROSÁRIO, 2008, p. 11).

## CONCLUSÃO

As relações sociais humanas são, quando analisadas sob o viés foucaultiano, baseadas nas relações de poder e em seus discursos de legitimação. Com o desenvolvimento das civilizações, exsurgiram várias formas de legitimação dessa dominância, desde indicações divinas até sistemas representativos.

Entre os sistemas representativos modernos, o que se mostrou mais bem aceito nos países ocidentais foi a democracia constitucional com tripartição dos poderes, o chamado Estado Democrático de Direito.

O amadurecimento do Estado Democrático de Direito importa a criação e o fortalecimento das instituições. Essas têm a função de diluir o poder decisório, o que garantiria, em tese, a impessoalidade na atuação estatal.

No entanto, essa sistemática vai de encontro aos interesses dos detentores do poder, que se vêem obrigados a influenciar toda uma cadeia de agentes públicos para que façam prevalecer suas vontades.

Devido a isso, mantiveram esse regramento como mero discurso e introduziram outro, o do respeito irrestrito aos princípios e à constituição, que justifica o afunilamento de muito do poder decisório para um número cada vez menor de agentes, o que denominamos de superinstituição, judiciária no caso do presente trabalho.

Um dos passos nessa direção é o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do princípio da juridicidade, que derrubou várias barreiras à atuação judiciária.

Como decorrência disso, as decisões com caráter de definitividade mais importantes de todo o sistema de poder do Brasil estão cada vez mais a cargo do poder judiciário, em especial do STF. Ou seja, de apenas seis cidadãos brasileiros.

Logo, concluímos que Foucault (1979, p. 102) estava certo quando afirmou:

...o direito é, de modo geral, o instrumento dessa dominação, – o que é consenso – mas também como, até que ponto e sob que forma o direito (e quando digo direito não penso simplesmente na lei, mas no conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o direito) põe em prática, veicula relações que não são relações de soberania e sim de dominação. Por dominação eu não entendo o fato de uma dominação global de um sobre os outros, ou de um grupo sobre outro, mas as múltiplas formas de dominação que podem se exercer na sociedade. Portanto, não o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas: não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que existem e funcionam no interior do corpo social.

Vale ressaltar que não concluímos que há uma usurpação de poder em curso. O que entendemos é que o discurso de legitimação da judicialização no Brasil busca, na verdade, a ampliação das possibilidades de atuação do judiciário, às vezes baseadas nos mesmos preceitos para dar soluções diametralmente opostas<sup>31</sup>. Basta uma simples ressalva para se subverter qualquer decisão considerada indevida pelos detentores do poder.

---

<sup>31</sup> Como já citamos anteriormente, o caso mais famoso deu-se nos *habeas corpus* concedidos pelo então presidente do STF no caso da “Operação Satiagraha”, onde se utilizou de uma ressalva que sequer está prevista no texto da súmula STF n. 691 para afastar sua incidência.

Em síntese, vale a máxima popular: Aos amigos tudo! Aos inimigos,  
a lei!

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, A. F. **A Judicialização da Política, a Cultura Instituinte das CPIs e o papel dos Juízes e Promotores no Brasil**, 2000. Disponível em: <<http://www.pos.ufsc.br/arquivos/41010037/TextoCaderno13.pdf>>. Acesso em: 18 Setembro 2010.

ARISTÓTELES. **A Política**, 2010. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/19371611/Aristoteles-a-Politica>>. Acesso em: 9 Maio 2010.

BAHIA, A. G. M. F. Controle Concentrado de Constitucionalidade: o Guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 164, p. 87-103, 2004.

BARROSO, L. R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 16 Setembro 2010.

BRANDÃO, J. **Dicionário Mítico-Etimológico**. 4 Edição. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, v. I e II, 2000.

CÂNDIDO, M. C. F. D. S.; SOUZA, M. W. D. P. **O ativismo judicial e a teoria tripartida do poder - breves considerações**: Conteudo Juridico, Brasilia-DF, 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27328>>. Acesso em: 17 Setembro 2010.

CARVALHO, E. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental - aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia e Política [online]**, Curitiba, n. 28, p. 161-179, Junho 2007.

CARVALHO, E. R. D. Em busca da judicialização - apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política [online]**, Curitiba, n. 23, p. 115-126, Novembro 2004.

CHOMSKY, N. **O que o Tio Sam Realmente Quer**. Brasília: UnB, 1992.

CITTADINO, G. **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia**, Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 2/3, n. 2/3, p. 135-144, 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25512>>. Acesso em: 17 Setembro 2010.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.



DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. 2a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia - entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2003.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6a Edição. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LÉVI-STRAUSS, C. Raça e cultura. In: LÉVI-STRAUSS, C. **O olhar distanciado**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1983. p. 25.

LEVITT, S. D.; DUBNER, S. J. **Freakonomics - O lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta**. 7a. ed. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2005.

MACIEL, D. A.; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 57, p. 113-133, 2002.

MARX, K. O Capital. In: MARX, K. **Os economistas - Karl Marx**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996.

MATTOS, M. R. G. D. **A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário**, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6756&p=1>>. Acesso em: 11 Maio 2010.

MELLO, C. A. B. D. **Curso de Direito Administrativo**. 18a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELO, A. L. A. D. **Democracia jurídica ou ditadura aristocrática**, 2001. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5603](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5603)>. Acesso em: 10 Maio 2010.

MEZZOMO, M. C. Introdução ao controle de constitucionalidade, difuso e concentrado. **Jus Navigandi**, 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8186>>. Acesso em: 4 Outubro 2010.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saravia, 1999.

MORAES, A. D. **Direito Constitucional**. 19a. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MÜLLER, A. **Manual de Economia Básica**. Petrópolis - RJ: Editora Vozes, 2004.

OLIVEIRA, A. C. R. D. **Mandado de injunção à luz da separação dos Poderes**, 2010. Disponível em:

<<http://www.osconstitucionalistas.com.br/mandado-de-injuncao-a-luz-da-separacao-dos-poderes>>. Acesso em: 20 Setembro 2010.

PEREIRA, M. Atuação do Poder Judiciário na Defesa dos Direitos Fundamentais - Uma Tensão entre constitucionalismo e Democracia. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 2009. Disponível em:

<<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/274>>. Acesso em: 4 Outubro 2010.

PETRACIOLI, R. D. S. Ativismo judicial, democracia e Direito Eleitoral. **Jus Navigandi**, 2009. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13579>>. Acesso em: 20 Setembro 2010.

PRADO, R. M. D. **O amicus curiae no Direito Processual brasileiro**, 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6717>>. Acesso em: 17 Setembro 2010.

ROSÁRIO, L. P. D. D. **Politização e legitimidade discursiva do judiciário na democracia constitucional**, 2008. Disponível em:

<[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/13\\_62.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/13_62.pdf)>. Acesso em: 17 Setembro 2010.

SADEK, M. T. O Judiciário Em Questão. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 4, n. 10, p. 20-38, 1996.

SCHWANITZ, D. **Cultura Geral - Tudo o que se deve saber**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2007.

TRANGTENBERG ET AL., M. Apresentação. In: WEBER, M. **Os Economistas - Textos selecionados - Max Weber**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1997. p. 14.

VIANA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, Novembro 2007.

WEBER, M. **Três tipos puros de poder legítimo**. Lisboa: Tribuna da História, 2005.